

Santiago, veintiséis de mayo de dos mil catorce.

Vistos:

Se reproduce la sentencia apelada de fecha cuatro de septiembre de dos mil doce, corriente a fojas 2.805 y siguientes, con excepción del considerando 59°), que se elimina.

En la última línea del considerando 38° bis), se reemplaza “mla” por “la”.

En la segunda línea del considerando 50°), se substituye el apellido “Krassniff” por “Krassnoff”.

En el considerando 54°) se substituye la referencia al “apartado 6° precedente”, por “apartado 7° precedente”.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

Primero: Que en los apartados 6° y 7° de la sentencia apelada se han tenido por acreditadas la alevosía y el ensañamiento, respectivamente, circunstancias ambas calificantes del tipo del artículo 391 número 1° del Código Penal.

Segundo: Que conforme el artículo 63 del mismo estatuto punitivo, no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que la ley haya expresado al describir y penar un delito.

Tercero: Que, en el caso de autos concurriendo dos circunstancias agravantes, el profesor Alfredo Etcheberry señala que son posibles dos posiciones al respecto.

La primera, es que una cualquiera de tales circunstancias bastaría para sancionar el hecho como homicidio calificado y la otra conservaría su calidad de agravante general según el artículo 12 del Código Penal; y citando a los autores Antón y Rodríguez, y Cuello Calón, indica que esta es la opinión de la doctrina y jurisprudencia españolas.

En cambio, según la otra ponencia, *“tratándose de un delito con pluralidad de hipótesis, tanto da cometerlo con una de ellas como con varias a la vez: siempre se trataría de un homicidio calificado y las circunstancias “sobrantes” no podrían tomarse en consideración como agravantes”*. Agrega: *“Por la segunda solución se inclinan entre nosotros Labatut y Grisolia-Bustos-Politoff, y nos parece ser la buena doctrina. El texto del artículo 63 es suficientemente amplio y categórico como para excluir toda posibilidad de tomar en consideración para agravar la pena aquellas circunstancias que integran la descripción legal del delito (cualesquiera que sean el número y la forma en que de hecho concurren).”* (Derecho Penal, Ed. G.Mistral, 1976, T. 3, p. 35).

Cuarto: Que, así las cosas, la concurrencia de más de una circunstancia de calificación, explica el profesor Etcheberry, puede tenerse en consideración en virtud del artículo 69 del Código Penal, esto es, para determinar *“la cuantía de la pena”* dentro de los límites de cada grado. Y no hay en ello contradicción, porque las circunstancias del artículo 391 N°1° intrínsecamente siguen siendo agravantes, *“pero no pueden producir el efecto de agravar la pena de conformidad al artículo 63. Empero, siguen siendo agravantes para los otros efectos legales, v.gr., para el artículo 69, según se ha expuesto ...”* (ob.cit., p.36)

Quinto: Que, de consiguiente, en el caso de auto ha operado la alevosía como calificante, según se ha expresado en los motivos quinto y sexto de la sentencia apelada, pero el ensañamiento que se describe en el apartado 7° de fallo del *a quo*, no puede tener, por impedirlo el artículo 63 del Código Penal, el efecto de agravar la pena y sólo es posible considerar dicha circunstancia para los fines previstos en el artículo 69 del mismo texto legal.

Sexto: Que, en consecuencia, no existe en este caso una circunstancia agravante que compensar racionalmente con la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, que en el

motivo cuadragésimo séptimo de la sentencia que se revisa se ha reconocido que favorece a los encausados Mario Jahn, Marcelo Moren, Fernando Lauriani y Juan Manuel Contreras, por lo que conforme el artículo 68 inciso segundo del Código Penal, el *a quo* sólo estaba impedido de aplicar a los cuatro acusados indicados el grado máximo de la pena. En cambio, respecto del acusado Miguel Krassnoff, que no está favorecido por atenuante alguna, el artículo 68 inciso primero del Código Penal permitía al juez del fondo recorrer toda la extensión de la pena compuesta asignada al homicidio calificado. Con lo expuesto, ha de concluirse que la pena de quince años de presidio mayor en su grado medio determinada en la sentencia apelada para cada uno de los cinco encausados mencionados, es la pena que la ley facultaba imponerles.

Por estas consideraciones y visto, además lo dispuesto en los artículos 1°, 11 N° 6, 12 N°s 1 y 4, 14, 15, 28, 29, 50, 62, 63, 68 incisos 1° y 2°, y 391 N°1 del Código Penal; y artículos 10, 108 a 111, 434, 450 bis, 457, 459, 473, 477, 478, 481, 482, 488, 499, 500 al 505 y 533 del Código de Procedimiento Penal, **se confirma** la sentencia apela de cuatro de septiembre de dos mil doce, escrita de fs. 2.805 y siguientes.

Regístrese y devuélvase con sus Tomos I,II, III, IV, V y VI y todos sus agregados.

Redactó la abogada integrante sra. Paola Herrera Fuenzalida.

N° 2126-2012.

Pronunciada por la **Segunda Sala** de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Patricio Villarroel Valdivia e integrada por la Ministra señora Jessica González Troncoso y la abogada integrante señora Paola Herrera Fuenzalida. No firma el señor Patricio Villarroel Valdivia por haber cesado en sus funciones.

Autorizado por el (la) ministro de fe de esta Corte de Apelaciones.

En Santiago, a veintiséis de mayo de dos mil catorce, notifique en secretaría por el estado diario la resolución precedente.